

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

LICENCIA DE OBRAS. COMPETENCIA. OTORGAMIENTO CONDICIONADO. PROPORCIONALIDAD. MOTIVACION (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1978).

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes resultan de los resultandos de la sentencia:

«Resultando que el hoy apelante interesó de la Diputación Provincial de Vizcaya, por escrito de fecha 2 de septiembre de 1970, la legalización de las obras que había realizado, consistentes en la prolongación del tejado de su vivienda a fin de cubrir la terraza. Que el Decreto de la Presidencia de dicha Corporación de fecha 18 de septiembre de 1970 dispuso que para legalizarse dicha construcción el señor Tejada había de renunciar en el plazo de treinta días a la total indemnización que en su día pudiera corresponderle por derribo de su finca ubicada en el C. V. de «Sopuerta a Traslaviña», y, si no renunciaba, se procedería al derribo de lo edificado sin autorización. Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado por Decreto de la misma Presidencia de fecha 31 de diciembre de 1970, que concedió al señor Tejada un plazo hasta el 31 de enero de 1971 para llevar a efecto dicho derribo, y si no lo ejecutaba incurriría en una sanción diaria de 200 pesetas hasta tanto se procediese a la demolición por la Administración, a cuenta de aquél.

Resultando que don Manuel ... interpuso, contra tales Decretos, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Audiencia de Burgos ... la expresada Sala dictó sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso.

Resultando que contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación...»

II. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1978 (Pte. Martín del Burgo).

Después de desechar la causa de inadmisibilidad apreciada por la Audiencia, el Tribunal Supremo entra en el *fondo* del tema planteado, para no pronunciarse sobre dicho fondo sino de una manera bastante tengencial.

6. «Considerando que al haber desaparecido los óbices procesales que se oponían al enjuiciamiento del tema de fondo de este proceso, es posible y obligado acometer el mismo, el cual se centra en la forma en que el Presidente de la Diputación de Vizcaya se pronuncia, en su Decreto de 18 de septiembre de 1970, confirmado en reposición, con el de 31 de diciembre de 1970, respecto de la licencia de obras interesada por el accionante a dicha Autoridad, que, si en el escrito correspondiente se refería a la reparación del tejado y blanqueo de la casa, luego, en realidad, la obra consistió en levantar sobre la terraza que cubría la edificación, una planta más que sirviera como buhardilla o desván, según se aprecia en las fotografías obrantes en el expediente, obra efectuada con la máxima celeridad, y sin esperar a obtener la autorización solicitada.
7. Considerando que la peculiaridad del acuerdo de dicho Presidente consiste en que, a pesar de la conducta seguida en este caso por el recurrente, no niega, en principio, la autorización de la obra realizada por éste, aunque la somete a la carga modal del que, por el mismo, previamente se renuncie a la total indemnización que en su día pudiese corresponderle por derribo de su finca, como consecuencia del ensanche o modernización de la vía pública provincial que discurre junto a ella, exigiéndole que tal renuncia la efectúe en testimonio notarial e inscripción en el Registro de la Propiedad, amén de otros trámites complementarios.
8. Considerando que una cosa es que tal actitud presidencial, adoptada por asunción de la propuesta hecha por la Comisión de Obras Públicas de aquella Corporación, esté animada del mejor propósito de aunar los intereses del particular afectado con los públicos de la comunidad, y, otra muy distinta, que jurídicamente puedan ser compatibles el otorgamiento de esta licencia con la carga modal antes descrita, siendo este último lo que debe constituir el principal punto de mira en el estudio a desarrollar aquí.
9. Considerando que lo primero que debe dejarse en claro es la improcedencia de someter las licencias a condicionamientos o limitaciones, cuando su otorgamiento esté reglado, y en la normación correspondiente no existan habilitaciones en este sentido; en efecto, la jurisprudencia tiene proclamado que el derecho del particular a edificar en terreno propio “no puede tener más limitaciones que las de orden legal, o sea, las que establecen Leyes, Reglamentos y Ordenanzas que al presente rijan” (Sentencias de 15 de febrero de 1954, 20 de diciembre de 1952, 4 de mayo y 31 de diciembre de 1931, 24 de enero y 15 de abril de 1930).
10. Considerando que lo que ocurre en el presente supuesto

es que en él falla la primera premisa, de la que parte la doctrina jurisprudencial recogida en el precedente considerando, en cuanto la casa del actor se encuentra, al parecer, en terreno de su propiedad, pero en zona de servidumbre de la carretera provincial de “Sopuerta a Traslaviña”, como lo evidencia la propia conducta del mismo, al dirigir la petición de licencia al Presidente de la repetida Diputación, y no al Ayuntamiento del término municipal a que corresponde dicho inmueble (Arcentales) que sería el competente, con competencia “exclusiva” de no mediar esta circunstancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 101-2-h) de la Ley de Régimen Local, artículos 9 y 21 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, artículos 166 y 202 (hoy 179 y 214) de la Ley del Suelo de 1956.

11. Considerando que en virtud de la aludida presunción (no existe en las actuaciones una prueba directa de la distancia del edificio de que se trata al eje de la carretera o camino vecinal o provincial en cuestión), el *ius aedificandi* del actor no puede ser presentado como absoluto, tanto en su momento inicial, como en el de ampliación o reforma de lo ya construido, afectándole, por tanto, la profusa legislación existente sobre esta clase de viales, repetidamente citada en el expediente administrativo (informe del Letrado Jefe de la Sección de Obras Públicas, de la Diputación Vizcaína, folios 27 a 31) y en la primera instancia jurisdiccional, en el escrito de contestación a la demanda, por la Abogacía del Estado, lo cual significa que, en el presente caso, el derecho de propiedad del actor se encuentra sujeto a limitaciones específicas, derivadas de la referida normativa, en atención al emplazamiento concreto del bien material sobre el que aquél recae, lo que, por cierto, entra dentro de las previsiones establecidas en la definición del mismo, en el propio Código Civil (art. 384), por no citar a las más amplias del moderno Derecho urbanístico, con su concepción de este Derecho como de naturaleza estatutaria (art. 61 [hoy 76] de la Ley del Suelo de 1956).
12. Considerando que ante esta situación, si la actitud del Presidente de esta Diputación hubiera sido la de la denegación de la licencia pura y simple, entonces los acuerdos recurridos adolecerían, por de pronto, del defecto de falta de la debida motivación, necesaria ante lo dispuesto en el artículo 43-1-a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que no se pone de manifiesto en ellos, ni en las propuestas que les preceden, las razones que justificarían tal denegación (distancias, alturas y normas concretas que las establezcan); mas, con el otorgamiento bajo la carga modal de que se trata, el vicio no desaparece, sino que se complica aún más, puesto que, por un lado, por las insuficiencias apuntadas, se desconocen en este momento

“los motivos concretos” que pueden explicar la denegación, como igualmente los que podrían basar el condicionamiento en su otorgamiento.

13. Considerando que colocados en esta encrucijada, esta Sala, en principio, no debe mostrar oposición a la buena predisposición de la Diputación de Vizcaya al otorgamiento de la tan repetida licencia, incluso sometiénola a condicionamiento o cargas modales, si es que con esto lo que se pretende o persigue es facilitar la actuación de los administrados sin perjudicar el interés público, pues, como ha destacado la doctrina científica, por este procedimiento se hace posible el otorgamiento de autorizaciones, que, de otro modo, deberán ser denegadas sin más. Siempre y cuando que su sentido sea compatible con la naturaleza y función del acto y no contrario a la voluntad de la regla de Derecho.
14. Considerando que, aunque el principio de la *reformatio in peius* no consiente empeorar la situación del apelante, que, en este caso concreto se refiere al otorgamiento de la licencia, sin embargo, queda por ver la incidencia de la cláusula accesoria de la carga modal en el conjunto del acto administrativo que la contiene; respecto de lo cual, ni puede dejarse zanjada la cuestión en forma simplista, amparados en el apotegma jurídico *utile par inutile non vitiatur*, ni tampoco procede estimar procedentes dicha cláusula, en los términos en que viene concebida, por lo que a continuación se expone.
15. Considerando que el problema que se deriva de la anterior exposición consiste fundamentalmente en una interpretación de voluntad ínsita en el acto administrativo en controversia, tras de la que se capta la decisión de otorgar la licencia, pero previo cumplimiento de la tan repetida carga modal, dejando en la penumbra, por falta de suficiente “motivación del acto” si con ello se actúa en forma flexible y generosa hacia el particular, a pesar de la limitación impuesta, o si, por el contrario, se ha obrado con el propósito de defender a ultranza los intereses de dicha Diputación, adoptando medidas quizá excesivas, en garantía de los mismos.
16. Considerando que como, por una parte, las decisiones judiciales no pueden basarse en razonamientos hitéticos, ni, por otra, dar preponderancia a los móviles internos del autor o autores del acto administrativo de que se trata, es forzoso, en su virtud, atenerse a lo explícitamente manifestado en los acuerdos recurridos, de los que aparece la vinculación del otorgamiento de la licencia al cumplimiento de dicha carga modal; pues bien, respecto de ésta que constituye “una resonancia” de lo establecido en el artículo 47-2 de la Ley del Suelo de 1956, se ha de tener presente que, a simple vista, descubre la desproporcionalidad entre lo que es objeto de la licencia

(la obra nueva de construcción de una planta abuhardillada) y el alcance de la carga que por ello impone (renuncia a la total indemnización que en su día pudiera corresponderle por derribo de su finca), desproporcionalidad que vulnera "lo recomendado" en los artículos 4 y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, sancionado por una constante jurisprudencia (Sentencias de 29 de marzo y 8 de mayo de 1965, 22 de mayo de 1967, 22 de marzo y 25 de octubre de 1968, 29 de abril de 1970).

17. Considerando que la desproporcionalidad es notoria en cuanto trata de vincular la autorización de la obra nueva a la renuncia a una posible indemnización por demolición, no sólo de esta obra, sino de la totalidad de la casa, cuando ésta existe con anterioridad a las presentes actuaciones, y cuando la misma no ha sido puesta en cuestión en ellas; lo cual, por ser improcedente, y porque la exigencia de esta renuncia se eleva a presupuesto condicionante del tan repetido otorgamiento de la licencia, produce la nulidad del acto; debiendo la Autoridad provincial que lo ha emitido dictar otro en su lugar, previos los trámites que estime necesarios o pertinentes, bien otorgando la licencia, o denegándola, bien haciendo lo primero, pero condicionándola a la renuncia a la indemnización correspondiente al mayor valor que adquiera esta casa por la obra nueva, pero no al de la totalidad del edificio; todo ello debidamente motivado, de acuerdo con los elementos de hecho concurrentes y con el derecho aplicable a los mismos, puesto que la deficiente concreción de los hechos determinantes de las resoluciones impugnadas, y la ausencia de verdadera motivación de las mismas, es lo que, en definitiva, viene a justificar la parte final del pronunciamiento de esta Sala, "con los efectos propios de las nulidades de actuaciones".
18. Considerando que procede, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida, y, al mismo tiempo, declarar no conformes a derecho los acuerdos del Presidente de la Diputación Provincial de Vizcaya de 18 de septiembre de 1970 y 31 de diciembre del mismo año; con las advertencias formuladas en el considerando precedente.»

III. COMENTARIO

1. *Evolución de la técnica autorizatoria*

El fenómeno que expresado «con distintas manifestaciones terminológicas» (1) se encuadra en la técnica de la autorización ha sufrido una gran evolución obligando a matizar, e incluso reestructurar, los plantea-

(1) Como punto de partida y ante la variada terminología se trata de componer una figura que englobe a todas. GARRIDO: *Tratado*, I, 1970, pág. 458; MARTÍN MATEO, *RAP*, 48, pág. 212; S. MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 24, pág. 150; ENTRENA, *REUL*, 107, págs. 641 y sigs.

mientos iniciales de MAYER y RANELLETTI (2), y hablar de un concepto clásico frente a las nuevas enmarcadas en los calificativos derivados de la operatividad, funcionalidad, organizatividad a que las autorizaciones pueden responder (3).

Respecto de las licencias de obras, no obstante la teoría tradicional, el esquema clásico puede seguir siendo útil (4) por cuanto responden a una técnica de Control reglada (15).

2. Evolución del contenido de la propiedad

Si desde el anterior punto de vista la licencia de obras sigue respondiendo a planteamientos iniciales, basta constatar, por otro lado, cómo ha evolucionado el contenido de la propiedad para advertir la importante matización que a los caracteres de dichas licencias debe hacerse.

Si se ha pasado de un concepto absoluto de la propiedad a uno concreto, estatutario, no sólo (primero) por la concreción que la legislación impone, sino incluso (segundo) por la incidencia de la planificación (6) como exponentes de la idea subordinadora de lo particular a lo colectivo, que informa, como principio general, dicho proceso de concretización, se advierte fácilmente cómo los presupuestos de la licencia de obras (tanto cuantitativos como cualitativos) quedan configurados de manera diferente.

Efectivamente, según lo anterior, la licencia aparecerá como el momento más concreto del «proceso urbanístico» (7). Así lo expresa, con meridiana claridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1977, que dice que:

«La ordenación urbanística objeto de la citada Ley del Suelo, tal como resulta de sus artículos 1, 2, 6 a 11 y 32-3, viene a constituir un sistema unitario y jerárquico de ámbitos normativos

(2) MANZANEDO: *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid, 1968, páginas 379 y sigs.

(3) Además de los trabajos citados antes y su bibliografía, S. MARTÍN RETORTILLO: *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, Madrid, págs. 277 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso II*, páginas 121 y sigs.

(4) T. R. FERNÁNDEZ, *RAP*, cit., 425.

(5) Sobre la jurisprudencia en este punto me remito a GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, 1976, págs. 914 y sigs.

Vid. también PERALES, *RDU*, 36, pág. 51; BOQUERA, *RAP*, 37, págs. 179 y sigs. Es de interés la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1972 que matiza el aspecto controlador de las licencias al decir que: «lo único que sucede es que en esta clase de licencias debe distinguirse entre la autorización del *ius aedificandi* y el ejercicio posterior de la actividad edificadora, razón por la que se ha dicho que, con relación a éstas, no se debe emplear el esquema de la «remoción de límites», porque este concepto va muy bien para cierto tipo de autorizaciones de policía, en la cual la autoridad se desinteresa, una vez concedida la misma, de la actividad desarrollada por el particular, lo que no puede ocurrir con la licencia de autos, en la que la Administración no agota su competencia con el mero otorgamiento de ella, puesto que esta competencia se prolonga con la de vigilar la forma de cumplimiento de la edificación proyectada».

La licencia de obras por demás se refiere sobre una actividad material (GARRIDO, cit., pág. 462) independientemente de la trascendencia jurídica que la necesidad de licencia puede implicar respecto de otros *actos jurídicos* (obra nueva).

(6) Sobre el tema, S. MARTÍN RETORTILLO, *REDA*, 5, págs. 168 y sigs.; MARTÍN MATEO, *RAP*, 52 y 67; Díez PICAZO, *RAP*, 43; *RDU*, 23; CHICO, *RDU*, 33; PERALES, *RDU*, 36, pág. 46; LASO MARTÍNEZ, *RAP*, 73, pág. 101; LUCAS FERNÁNDEZ, *RDU*, 3; DE LOS MOZOS, *RDU*, 6; T. R. FERNÁNDEZ: *Medio ambiente urbano. Vecindades industriales*, Madrid, 1973, 259 y sigs.; ESCRIBANO, *REDA*, 6; ÁNGEL SUSTAETA: *Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1978. También V Congreso de Profesores de Derecho Administrativo, IEA, Madrid, 1977.

También el «excurso» en el artículo de BERMEJO en la *RAP*, 83, pág. 174, que habla de la necesidad de redefinir el derecho de propiedad (título de la obra de GILLI) haciendo referencia a trabajos de PUGLIATI, PREDIERI y OPFERMANN.

(7) LARIOS, *RAP*, 76; MARTÍN BLANCO: *Estudios y dictámenes*, 1970, págs. 212 y 214.

que, de modo prospectivo y racional, comunica juridicidad a contenidos de reglas técnicas de urbanización y edificación de praxis variable en función de las concretas circunstancias de cada espacio de promoción urbana, lo que configura a la susodicha ordenación como sistema jurídico de normas, que aun tendentes a la máxima concreción, mantengan un sentido de generalidad normativa capaz de garantizar y coordinar el subjetivo y libre ejercicio de facultades dominicales con el interés público, afectante, a todo el territorio nacional, en producir la mejora de la ciudad de modo integrado en el sistema que el planeamiento implica; normativa, aquélla, que adquiere su último grado de expresión específicamente, supuesto el régimen de ordenación planificada, en virtud de la licencia rectora del singular hecho constructivo, que al par que integra la concreta edificación en el sistema unitario del planeamiento, actúa como límite definidor del ejercicio por el administrado de su *ius aedificandi*...»

consecuentemente, la licencia opera sobre una ordenación preestablecida que debe respetar, limitándose, por tanto, la discrecionalidad cuantitativamente (8), y al mismo tiempo haciendo coincidir el control de interés público, con lo que legítimamente puede hacerse. No se trata de limitar algo legítimo, sino verificar la legitimidad de ese algo, que en sí, en su interior, ya se encuentra funcionalizado por lo social (9). En este sentido, por tanto, quedan entrelazadas la técnica Autorizatoria y la reestructuración de la propiedad.

3. *Legislación conformadora de la propiedad y planificación*

Si lo que acabamos de decir hace referencia a la conexión de la licencia de obras, con presupuestos ordinamentales superiores, tiene también interés conexionar el Plan con la normación propiamente dicha.

El Plan debe respetar la Ley. El Plan, por tanto, no podrá ordenar el suelo en contra de las previsiones de rango superior (incluidos otros planes de superior jerarquía).

Cuando es la legislación urbanística propiamente dicha, reguladora de los Planes de ordenación urbana la que concreta al respecto, recoge el tema de los estándares urbanísticos, como mínimos que debe reunir el plan y sin perjuicio de que otros mínimos surjan de los criterios que se obligan a tener en cuenta (población, etc.) (10).

Pero no sólo se derivan limitaciones de la legislación del suelo, sino, además, de otra legislación sectorial. La necesidad de tener en cuenta esta legislación surge en un doble aspecto. En primer lugar, no pudiendo el plan ordenar de manera contraria a lo que resulte de dicha legislación. Y en segundo lugar, recogiendo en el propio Plan dichas previsiones. El

(8) Así la presión de los intereses implicados no se centrarán en el otorgamiento de la licencia, sino más bien en la formación del Plan. LARIOS, cit., págs. 90 y sigs.

(9) En este sentido las interesantes precisiones de ESCRIBANO, cit., págs. 450 y sigs.

(10) Sobre el tema, GÓMEZ FERRER, REDA, 4.

nuevo concepto de Plan (General) en la Ley del Suelo y sus Reglamentos, es clara expresión de estas necesidades (11).

Hay que añadir, que incluso en la propia legislación del suelo, se tiene en cuenta la legislación sectorial para operar (por medio de revisión) una urbanización del tema. Así, por ejemplo, en el artículo 85, 1, 4.ª (legislación agraria indivisibilidad) y en el 72 (distancias de las carreteras).

4. *La competencia para otorgar la licencia en el supuesto de la sentencia*

El supuesto de la sentencia se refiere precisamente a un edificio emplazado en las proximidades de una carretera, de aquí que se plantee indirectamente el problema de qué entidad pública (12) es la competente. Del considerando 10 se desprende la admisión de la competencia de la Diputación Provincial (13). Hay que constatar al respecto que ello es acorde con la Ley del Suelo, por ejemplo (art. 57, 2), y el Reglamento de Disciplina, por ejemplo (art. 1), que respetan la competencia de otras autoridades de las competencias para otorgar las licencias de obras «previstas en la Ley del Suelo». Lo que debe puntualizarse es si la competencia del Ayuntamiento queda excluida, si no es necesaria su licencia para la obra. Según la propia Ley del Suelo (art. 178) no que queda excluida *a fortiori*, porque no se excluye ni siquiera respecto del suelo de Dominio Público (14). Además, según la legislación reciente de Carreteras (15), el supuesto está expresamente contemplado. En este sentido debe subrayarse el calificativo «Exclusiva» contenido en la sentencia.

Otro tema sería el del ámbito de calificación material respectiva de cada una de las autorizaciones. Baste indicar que en base al artículo 72 de la Ley del Suelo, aunque el Plan no diga nada, el Ayuntamiento tendría competencia, sobre las zonas en las que se prohíbe expresamente la construcción, para denegar la licencia por dicho motivo derivado de la legislación especial. Y cabría decir que incluso a pesar de la autorización otorgada por la Administración de que depende la carretera.

5. *Planteamiento de la cuestión respecto del contenido del acto recurrido*

Es de resaltar cómo en el inciso final del considerando 11 la sentencia no acude a la nueva conceptualización de la propiedad para sostener que el derecho está limitado por la legislación de viales (16), aunque podía haberlo hecho (y así se dice expresamente), según lo que antes dijimos. Ello es sintomático, por cuanto implica reconocer que aun en el nuevo estado del derecho de propiedad, no toda cortapisa a la misma necesita para ser explicada del concepto mismo de la propiedad: los límites propia-

(11) MARTÍN BLANCO, cit., pág. 228; T. R. FERNÁNDEZ: *El medio...*, cit., 181; GÓMEZ FERRER, citado, 17.

(12) El órgano y el procedimiento vendrán dados por la legislación específica.

(13) Presidente en este caso.

(14) Expresamente artículo 1.º del Reglamento de Disciplina.

(15) Ley de 1974, R. 1977 (arts. 80-82).

(16) Sobre la anterior, GUATTA: *Derecho Administrativo español*, Zaragoza, IV, págs. 275 y siguientes. ESCRIBANO: «Las vías urbanas» (tesis doctoral), Madrid, 1973.

mente dichos (17) tienen cabida en los moldes tradicionales. En cierto modo se está diciendo que el tema en el caso es uno de límites.

Por otro lado, y en relación con lo anterior, es sintomático que en el último inciso del considerando 9 se cite la doctrina jurisprudencial, anterior a la vigente legislación de régimen local y del suelo (18).

Otro dato tiene fundamental importancia: La sentencia ha prescindido de aplicar al supuesto la legislación sobre el tema (considerando 11) dada la deficiente concreción de los hechos determinantes (considerando 17), es decir, distancias, alturas y normas concretas que las establezcan (considerando 12), porque «no existe en las actuaciones prueba directa de la distancia de la carretera (considerando 11). Por ello, como luego veremos, no se pronuncia sobre la procedencia (o no) de la licencia, limitándose a enfocar el tema como nulidad de actuaciones (considerando 17, *in fine*) y centrarse sobre el tema del condicionamiento y la motivación.

6. El condicionamiento (19)

El tema de la carga modal que implica la renuncia a la posible indemnización futura por derribo (20) se enfoca en la sentencia de manera muy significativa.

En primer lugar (considerando 9), descartando la viabilidad de la misma cuando se trata del otorgamiento reglado de licencias, pero a continuación admitiéndola dentro de ciertos límites (considerando 13, *in fine*).

No se llega a esta conclusión descartando el carácter reglado de la autorización (nada se dice) ni por el hecho de que la facultad de edificar esté limitada (considerando 10), porque más bien se pretende con el argumento (contenido en el principio del considerando últimamente citado) de que falta la premisa propuesta en el considerando 9, plantear solamente la alternativa de otorgar o denegar con base legal la licencia (considerando 12). Además, aunque así hubiese sido carecería de toda lógica, por cuanto el que una facultad esté limitada es independiente (21) del carácter reglado de la autorización, que significa lo que es posible y no poder negarlo.

Es decir, que en este sentido cabría entender que aun en el caso de otorgamientos reglados de autorizaciones se admite el condicionamiento.

Por otro lado, al dar contenido jurídico al argumento primeramente desechado como tal (considerando 8), el considerando 13 establece como límites la compatibilidad con la naturaleza del acto y la voluntad de la regla de Derecho.

Cabría, según esto, entender que reúnen estos requisistos incluso las licencias regladas para facilitar su condicionamiento, dado que la sentencia luego se limita a analizar la proporcionalidad de la carga.

Cabría, no obstante, entender que la sentencia no llega a dicha afirmación implícita. O bien está teniendo en cuenta que el supuesto implica una

(17) Sobre la terminología en este tema ver la bibliografía citada en la nota 6.

(18) Precisamente la que recoge BOQUERA, cit., pág. 186.

(19) Sobre el tema de la indemnización en este caso ver GÓMEZ FERRER, RAP, 68; PAREJO y RODRÍGUEZ OLIVER: *Lecciones de dominio público*, 1976, 260 y sigs. La jurisprudencia citada por GONZÁLEZ PÉREZ, cit., 225, y sobre todo GARRIDO FALLA, RAP, 81, pág. 25.

Destaquemos además que en la sentencia no se entra en el tema de si procedería o no la indemnización.

(20) GONZÁLEZ PÉREZ: *Procedimiento administrativo municipal*, 1978, pág. 276; BOQUERA, cit.

(21) GARRIDO, cit., loc. cit. Salvo lo que decíamos en el apartado 2.

discrecionalidad más amplia que la que pueden representar las licencias de urbanismo en sentido estricto. O bien, no se está entrando en el problema concreto de si las autorizaciones regladas pueden condicionarse; lo mismo que no se precisa de la naturaleza estatutaria para justificar límites, aquí no se necesita considerar la naturaleza reglada o no de la autorización: basta analizar el problema de su proporcionalidad (22).

7. *Conexión de la carga modal con el otorgamiento, como justificación para no prejuzgar dicho otorgamiento*

La encrucijada de que se habla en el considerando 13 se especifica en el 14. Aunque el principio de la *Reformatio in peius* no permitiría negar la autorización otorgada, en base a la vinculación entre la cláusula accesoria y la licencia misma, la sentencia admite la posibilidad de que pueda denegarse como consecuencia de la tramitación a que daría lugar la declaración de nulidad de actuaciones que se establece (considerando 17).

Para ello se establece que dada la vinculación entre el otorgamiento y el cumplimiento de la carga (considerando 16), dado que se eleva a «presupuesto condicional» del otorgamiento (considerando 17), tal vinculación, al ser desproporcional la carga y, por tanto, vulnerar el otorgamiento (considerando 16) produce la nulidad del mismo acto de otorgamiento (considerando 17).

Hubiera sido más fácil entender que en este caso la vinculación lo que hace es determinar una denegación de la licencia, como sostuvo la Sentencia de 20 de diciembre de 1952 (23).

8. *La admisión de la carga modal*

Si antes veíamos cómo respecto de las autorizaciones regladas (porque lo son también en cuanto a su contenido, no sólo su otorgamiento) era difícil admitir condicionamientos, la sentencia comentada parece admitir al margen, como vimos, de dicho carácter, la posibilidad. El fundamento sólo podría estar explícitamente en la alusión al artículo 47, 2 (hoy 58, 2), de la Ley del Suelo, respecto del que sería una resonancia la carga modal. Por esta vía se daría entrada a la posibilidad por entenderse que, aunque está reglado el otorgamiento, a pesar de poderse haber negado (hipótesis de que la distancia fuera lo suficientemente corta con la carretera para quedar prohibido), se otorga con un condicionamiento previsto en la Ley del Suelo, que sería sintomático de que «la voluntad de la Regla de Derecho» (considerando 13, *in fine*) es admitir dicha cláusula. En este sentido (considerando 15) se habla de flexibilidad y generosidad respecto del particular.

Baste decir que las características del supuesto del artículo 58, 2, de la Ley del Suelo (24) harían difícil la aplicación analógica por una autoridad distinta de las en principio previstas.

(22) En sentido contrario, no obstante, Considerando 17, que admite el condicionamiento proporcional. ¿Hasta qué punto sería revisable por las razones apuntadas antes la licencia otorgada según esta posibilidad? Ver luego apartado 8.

(23) BOQUERA, cit., 192.

(24) *Vid.* comentario de GONZÁLEZ PÉREZ y jurisprudencia citada en *loc. cit.*

En cualquier caso, sí sirve para determinar la proporcionalidad desde un punto de vista objetivo, como vemos a continuación.

9. *Proporcionalidad*

Admitida la posibilidad de la carga, no se trata de aplicar simplísticamente el principio *utile per inutile non viciatur*, sino de valorar la carga en sí misma (considerando 14). Si con ella se actúa flexible y generosamente (considerando 15) sería admisible. Pero no puede admitirse por la desproporción que supone renunciar a la indemnización no sólo de lo construido, sino de lo que ya estaba construido con anterioridad (considerandos 16 y 17).

La desproporción vendría dada por el propio artículo 58, 2, de la Ley del Suelo, que establece que no habrá indemnización respecto de lo que se construya en virtud de la autorización provisional. Aunque en el supuesto no se trata de la construcción sobre un terreno, sino sobre una terraza, la analogía es utilizable.

Por otro lado, el fundamento de la ilegalidad se hace derivar de dicha desproporción, en base a los artículos 4 y 6 del Reglamento de Bases de las Corporaciones Locales y la jurisprudencia complementadora. Ello implica la utilización de la desviación de poder como instrumento controlador de la actividad administrativa, y viene a significar, una vez más, la importancia de los aludidos preceptos. El primero luego sería trasvasado a la administración central a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (83) y la Ley de Procedimiento Administrativo (40, 2, f) y 115, f). El segundo, no obstante, sigue desempeñando una importancia fundamental, por cuanto concreta la proporcionalidad de modo específico (25).

Planteadas desde esta perspectiva la cuestión, puede decirse que según la sentencia comentada, la licencia otorgada con el condicionamiento estudiado, no queda desvirtuada en cuanto a tal licencia, por quedar configurada a la manera de las autorizaciones del artículo 58, 2, de la Ley del Suelo. La finalidad perseguida está en concordancia con la legalmente prevista.

Por otro lado, sólo será admisible la condición, en tanto que sea proporcional, lo que quiere decir, en este caso, concorde el resultado con la técnica utilizada.

10. *La motivación*

La exigencia de motivación en el caso de que la petición de licencia se hubiese resuelto negativamente según el considerando 12, viene del artículo 43, 1, a), de la Ley de Procedimiento Administrativo (que, por tanto, entiende de aplicación supletoria). Y es concordante con la legislación del suelo (art. 179, 2, de la Ley).

Lo que interesa destacar es la constatación de que se hubiera entendido cumplido el requisito formal de la motivación si se hubieran puesto de manifiesto las razones que justificarían la denegación por lo menos

(25) S. MARTÍN RETORTILLO, RAP, 22 y 23; CLAVERO, RAP, 30; TRUJILLO, RAP, 35.

en la propuesta de la Comisión Provincial (considerando 12). Quiere con ello decirse que la aceptación de informes o dictámenes sólo sería suficiente si en ellos hay motivación, esto es, sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho, aunque con carácter informal (26).

Por otro lado, resalta la importancia que se atribuye, no sólo al aspecto formal de la motivación (como requisito), sino a la motivación en sí misma, para poder apreciar la posible desviación de poder (27), y la concurrencia de circunstancias de hecho que condicionan el enjuiciamiento del problema. Y el problema es precisamente el de la viabilidad de la Cláusula modal (Cdos. 12, *in fine*; 15, *in fine*; principio del 16).

11. *Conclusión*

La conclusión de la Sentencia, como quedó planteado con anterioridad, es declarar la nulidad del acto, debiendo otorgarse, denegarse o condicionarse *proporcionalmente* la licencia, con la debida motivación, que en su día puede servir para el enjuiciamiento de la misma.

J. G. S.

(26) Ver el *Procedimiento administrativo municipal*, cit., págs. 319 y sigs.

(27) En este sentido, por todos, S. MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 23, págs. 125 y sigs.